

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DELL'INSUBRIA

Dipartimento di Diritto, Economia e Culture – DIDEC

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza



TESI DI LAUREA

IN

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

La Electronic-Discovery e gli strumenti di prova dell'ordinamento italiano:
un confronto

Relatore:

Chiar.ma Prof.ssa FRANCESCA FERRARI

Correlatore:

Avv. BIANCAMARIA BERTAN

Tesi di Laurea di:

LAURA USANZA

Matr. n° 716214

Anno Accademico

2015/2016

CONCLUSIONI

Alla luce del lavoro di natura comparatistica svolto, è possibile affermare che in Italia non esista un istituto che corrisponde esattamente alla *discovery* statunitense, poiché nell'ordinamento processuale italiano non è presente una fase pre-processuale con le medesime caratteristiche dell'istituto d'oltreoceano.

A seguito dell'analisi effettuata in merito all'articolo 210 del c.p.c. è emerso che l'ordine di esibizione documentale corrisponda solo in maniera approssimativa alla *discovery* statunitense.

Difatti, come abbiamo potuto constatare nel corso dell'analisi svolta, la *pre-trial discovery* statunitense, oltre ad essere un mezzo istruttorio finalizzato ad acquisire le prove per integrare il materiale probatorio già introdotto nel processo per iniziativa della parte, consiste, in aggiunta, in un mezzo di acquisizione di ulteriori fatti (c.d. *fact discovery*), diversi rispetto a quelli contenuti negli atti introduttivi.

L'ampio raggio che caratterizza la *discovery* statunitense garantisce la più ampia circolazione di tutti i fatti rilevanti per il contenzioso, anche in una fase precedente al *trial*, e permette alle parti di apprendere informazioni delle quali non si aveva precedentemente conoscenza.

Per mezzo della *discovery* statunitense, le parti possono sia ottenere le prove relative alle proprie domande (*evidence gathering*), sia indagare nel campo avversario per ricercare nuove informazioni con la speranza di ottenere ulteriori prove ammissibili al dibattimento (*evidence seeking*).

329

Nell'ambito del processo civile americano è, dunque, legittima l'attività di *fishing expedition*, la quale, come abbiamo potuto in precedenza

³²⁹ Ficarelli B., Esibizione di documenti e discovery, Giappichelli, Torino, 2004

constatare, viene osservata con preoccupazione dai giudici di *civil law*, i quali temono che possa comportare un'invasione cieca nel campo di pertinenza esclusiva della parte avversaria.

Come abbiamo avuto modo di notare, l'art. 94 delle disposizioni di attuazione sancisce il principio per cui l'istanza di esibizione debba contenere <<la specifica indicazione del documento o della cosa>>, con ciò si vuole impedire che l'interesse di una parte si possa spingere fino ad una c.d. esibizione esplorativa.

In conclusione, ciò che differenzia la *discovery* americana dall'ordine di esibizione documentale ex art. 210 c.p.c., non risiede tanto nella diversa delimitazione dei mezzi esperibili per l'attività di ricerca nell'ambito del processo, bensì nella diversa delimitazione del tema dell'indagine.

Il modello procedurale statunitense può essere considerato un sistema nel quale l'oggetto del giudizio si forma progressivamente, nel senso che l'atto introduttivo non ha il precipuo scopo di determinare in modo specifico le questioni controverse, ma, al contrario, contiene domande formulate in maniera generica³³⁰ ; nell'ordinamento statunitense, le indagini di tipo esplorativo trovano spiegazione in base alla peculiare struttura processuale di questo modello.

La *discovery* documentale americana, infatti, non presenta solo la possibilità di acquisire al giudizio delle prove documentali, ma anche di definire stragiudizialmente le liti e tale obiettivo può essere raggiunto solamente raccogliendo tutte le informazioni che si palesano rilevanti per la controversia secondo una nozione di rilevanza estremamente ampia.

In contrapposizione, il nostro sistema di *civil law* prevede una severa specificazione del *thema probandum* e, di conseguenza, una preventiva individuazione dell'ambito entro il quale le indagini istruttorie possono

³³⁰ Tuttora è in atto un ripensamento giurisprudenziale sul punto; si vedano i casi *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007) e *Ashcroft v. Iqbal*, 556 U.S. 662 (2009)

essere condotte; possiamo, dunque, giungere alla conclusione per la quale il vero significato dell'art. 94 disp. Att. sia, quindi, quello di evidenziare che l'ordine di esibizione possa essere pronunciato solo ed esclusivamente nei casi in cui sia certa la materiale esistenza dei documenti o cose da esibire.

La necessità che il richiedente l'esibizione faccia riferimento ad un oggetto la cui esistenza ed i cui contorni fisici non diano adito a dubbi, comporta, in primo luogo, l'impossibilità che l'istanza venga inoltrata proprio al fine di accertare l'esistenza del documento medesimo.

L'ordine di esibizione, infatti, non può essere emesso al solo scopo di indagare se la prova dei fatti controversi possa essere rinvenuta nei documenti che si richiedono alla controparte o al terzo; al contrario, l'art.94 disp.att. ha inteso evitare che l'esibizione si trasformi in una ricerca a scopi esplorativi (*fishing expedition*).

Inoltre, anche per quanto riguarda l'effettività dei due strumenti esibitori in comparazione, nel corso dell'analisi, abbiamo potuto scorgere ulteriori divergenze.

Difatti, in caso di inottemperanza all'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. la normativa in questione contiene un'indicazione incerta e indeterminata delle conseguenze che potrebbero discendere per la parte o per il terzo.

Il vero punto debole dell'ordine di esibizione italiano consiste nel fatto che possa essere disatteso senza comportare alcuna grave conseguenza, se non la facoltà conferita al giudice di poter trarre argomenti di prova dall'inadempimento della parte, e questo fatto incide notevolmente sull'effettività e funzionalità del provvedimento istruttorio in questione, poiché la stessa previsione che i documenti e <<altre cose>> possano

essere acquisiti al processo, oltre che per spontanea iniziativa delle parti , anche a seguito di un ordine del giudice, può avere un significato giuridico soltanto nei limiti in cui esistano ed operino strumenti idonei a garantire la pratica attuazione di tale ordine, o almeno a stimolarne l'adempimento da parte dei destinatari.

Come abbiamo potuto scorgere, invece, il sistema statunitense assicura la tutela al richiedente che non abbia ottenuto l'esibizione dei documenti, attraverso la vasta gamma di sanzioni previste dalla *Rule 37*.

Le varie *sanctions* previste dalla *Rule 37*, a carico delle *disobedient parties*, garantiscono effettività al sistema di *production of documents* e svolgono una funzione di deterrente per scoraggiare comportamenti elusivi all'ordine di esibire.

In epoca recente, in molti paesi di tradizione civilistica come Francia, Olanda e Giappone hanno trovato ingresso forme di *discovery* operanti nel processo in qualità di rinnovati sistemi esibitori e dotati di un adeguato apparato sanzionatorio in grado di rendere effettivo il dovere di collaborazione tra le parti avversarie.³³¹

Sarebbe auspicabile che il sistema processuale italiano prendesse ispirazione dall'esperienza di altri sistemi processuali come quella statunitense caratterizzata da un vasto e articolato sistema di sanzioni che assiste la disciplina della *discovery*, con l'intento di rafforzare l'effettività dell'ordine di esibizione.³³²

³³¹ Marcus R., Reetoling american discovery for the Twenty-First Century: Toward a New World Order?, in 7 Tul. J. Int. L. 1999 pp. 153, 185

³³² . (Cavallone B. Esibizione delle prove nel diritto processuale civile, Dig., vol. VII, Torino, 1991,

Una soluzione per rafforzare l'effettività potrebbe essere quella di prevedere misure coercitive indirette idonee a provocare, per via indiretta, l'adempimento da parte dei destinatari.³³³

Appurato che l'ordine di esibizione non coincida con la *discovery* statunitense, nel corso dell'elaborato abbiamo preso in considerazione anche un secondo sistema di acquisizione processuale della prova, il c.d. diritto di informazione, il quale sembrerebbe presentare significativi profili di comunanza con la *discovery* statunitense.

Esso si sostanzia nella possibilità di chiedere, nel corso del giudizio di contraffazione, informazioni a soggetti terzi su circostanze che non ineriscono direttamente all'oggetto della causa, ma riguardano notizie sull'origine dei prodotti e sulle reti di distribuzione delle merci.

Obiettivo di questa disposizione è quello di far acquisire, al titolare dei diritti, informazioni circa l'effettiva portata del fenomeno contraffattivo, in modo tale da consentirgli di estendere l'azione già intrapresa da altri soggetti, oppure di intentarne una nuova, ovvero chiedere tutela in sede penale.

Un importante elemento in comune con la *discovery* statunitense consiste nella possibilità, concessa nell'ambito del diritto di informazione, di svolgere attività esplorative ed investigative, esplicabili anche all'interno del giudizio cautelare, volte ad accertare l'effettiva natura e dimensione dell'illecito nonché la filiera di coloro che ne sono compartecipi.

Il diritto di informazione trova applicazione sia nei giudizi di merito che cautelari, purché si tratti di un giudizio di accertamento della contraffazione.

³³³ Un rimedio possibile potrebbe consistere in una misura coercitiva indiretta consistente nella minaccia o nella condanna al pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento giudiziale.

L'oggetto della *discovery* è, dunque, molto ampio e va ad abbracciare qualunque informazione sull'origine e sulla distribuzione delle merci in violazione di un diritto IP e ogni altra informazione utile³³⁴, con la conseguenza che l'effetto potrebbe essere quello di consentire un uso della *discovery* con funzione esplorativa, in modo non dissimile da quanto previsto nel diritto statunitense dalle *Federal Rules of Civil Procedure* 26(b) e 34 in tema di *Production of Documents*.

Riguardo, invece, al tema dell'effettività dello strumento di indagine in esame, l'art. 171-*octies* prevede sanzioni penali a carico di chi, senza giustificato motivo, si rifiuti di rispondere alle domande del giudice o risponda falsamente³³⁵, sanzioni dunque gravi e molto simili a quelle previste in ambito statunitense.

In conclusione possiamo, dunque, affermare che il diritto di informazione risulti lo strumento di acquisizione processuale della prova più simile alla *discovery* statunitense.

Le differenze tra i vari sistemi di acquisizione probatoria analizzati si attenuano se si riflette in merito agli interessi e obiettivi ai quali essi mirano.

Difatti, l'obiettivo comune per entrambi i sistemi è quello di provare la verità dei fatti posti a fondamento delle proprie domande ed eccezioni, anche se di tali fatti non si possiede la materiale disponibilità della prova.

Il fatto che essi utilizzino metodologie differenti non significa che non possano essere accumulate dallo stesso scopo che consiste nel raggiungimento della "*truth of facts*", principio che trova il proprio canone di riferimento nel diritto alla prova, ossia nel diritto di difendersi

³³⁴ L'rt. 121-bis, secondo comma, c.p.i. offre un catalogo esemplificativo delle ulteriori Informazioni che possono essere richieste.

³³⁵ art. 171-*octies*-1: rifiuto a rispondere alle domande del giudice

1. Chiunque si rifiuti senza giustificato motivo di rispondere alle domande del giudice ai sensi dell'articolo 156-ter ovvero fornisce allo stesso false informazioni è punito con le pene previste dall'articolo 372 del codice penale, ridotte della metà

provando in giudizio, perseguendo l'obiettivo di far valere le proprie ragioni in giudizio, accedendo a conoscenze fattuali necessarie per fondare le proprie pretese.

Per quanto riguarda il tema della *privacy*, nell'ambito del processo civile italiano, abbiamo potuto constatare il fatto che la disciplina sulla riservatezza dei dati personali ceda di fronte alle disposizioni che regolano il processo; tali disposizioni hanno natura speciale rispetto a quelle contenute nel d.lgs 196/2003, dal quale non sono suscettibili d'integrazioni.

Non comporta, dunque, alcun tipo di lesione del diritto alla riservatezza il trattamento esercitato per la difesa di un interesse giuridicamente rilevante, se l'utilizzazione di dati personali altrui a fine di giustizia sia stata svolta nel rispetto delle norme del codice di rito.

In tema di diritto di informazione e *privacy*, siamo giunti alla conclusione per cui le direttive relative al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata debbano essere interpretate nel senso che non ostino ad una normativa nazionale, nella parte in cui tale normativa consenta al giudice nazionale di comunicare dati di carattere personale e di ponderare, in funzione delle circostanze della specie e tenuto debitamente conto delle esigenze risultanti dal principio di proporzionalità, i contrapposti interessi in gioco.

Per quanto riguarda il tema della *privacy* nel processo civile americano, il fondamentale principio della *broad discovery* statunitense entra in conflitto con l'ampio raggio di previsioni in tema di *privacy* previste nell'ordinamento italiano.

Negli Stati Uniti il diritto alla riservatezza è prevalentemente settoriale e le società statunitensi sono considerate proprietarie dei dati che possiedono, esse, infatti, possono disporre dei dati personali senza il consenso dei soggetti ai quali si riferiscono, inoltre, possono acquisire i

dati, nel corso della loro attività, e venderli a terzi, senza alcun obbligo di eliminazione o rettifica di questi ultimi.

In Italia è, invece, presente una più stringente normativa in tema di tutela dei dati personali e della riservatezza: la tutela della *privacy* è *omnibus* e i dati si trovano nel possesso del soggetto al quale questi si riferiscono.

Riflettendo in merito a questo tema, possono sorgere alcune domande spontanee, ad esempio, quali problemi si possono porre nel caso in cui debbano essere prodotti dei dati, nell'ambito di un processo civile, dall'Italia agli Stati Uniti? In che modo si possono garantire adeguate tutele ai dati personali trasferiti dall'Unione Europea verso gli Stati Uniti? Nel contesto di una c.d. *cross border civil litigation* tra Italia e Stati Uniti, quali potrebbero essere i problemi generati dal conflitto tra le leggi nostrane in materia di *privacy* e un ordine di *discovery of documents*?

Allo stato dell'arte non è ancora possibile rispondere in maniera esaustiva, difatti, uno tra i maggiori problemi nel contesto di *discovery* transfrontaliera consiste, da una parte, nel conflitto tra un ordine di *discovery* emesso da un tribunale degli Stati Uniti che richiede la produzione di documenti situati all'interno di uno Stato membro dell'UE e, d'altra parte, in una legge locale in tema di *privacy* che vieta che siano trasmesse le informazioni personali contenute in tali documenti.

Purtroppo non ci sono ancora risposte definitive per le parti coinvolte in questi tipi di contenzioso detti "*cross-border civil litigation*". Esse, essenzialmente, si trovano tra l'incudine e il martello quando devono decidere se violare un ordine di *discovery* emesso da un tribunale degli Stati Uniti in modo da potersi conformare al diritto europeo della *privacy*, o violare le leggi sulla *privacy* dell'UE al fine di rispettare un ordine di *discovery* degli Stati Uniti.

Questi problemi sono molto complessi e probabilmente richiedono di essere analizzati caso per caso.

Si auspica che una soluzione, in merito a questa tematica, possa essere trovata traendo spunto dalla *ratio* sottostante al recentissimo accordo che il 2 febbraio 2016 la Commissione europea ha raggiunto con il governo degli Stati Uniti d'America, denominato <<Privacy Shield>>³³⁶, detto anche <<scudo EU-US per la *privacy*>>.

Esso consiste in un meccanismo che consentirà i trasferimenti dei dati personali dall'Unione Europea agli Stati Uniti, garantendo gli stessi *standard* di protezione previsti da questo lato dell'Oceano.

Lo scudo UE-US per la *privacy* è un sistema nuovo e solido che offrirà agli europei la protezione dei dati personali, rafforzerà le norme sulla protezione dei dati e offrirà garanzie riguardo all'accesso da parte delle autorità pubbliche.

³³⁶ Il 2 febbraio 2016 la Commissione europea e il governo degli Stati Uniti d'America hanno raggiunto un accordo politico su un nuovo regime per gli scambi transatlantici di dati personali: lo scudo UE-USA per la *privacy* (IP/16/216). La Commissione ha presentato il progetto di testo della decisione il 29 febbraio 2016. A seguito del parere del Gruppo dell'articolo 29 (autorità di protezione dei dati) del 13 aprile e della risoluzione del Parlamento europeo del 26 maggio, la Commissione ha completato la procedura di adozione il 12 luglio 2016.

Lo scudo UE-USA per la *privacy* dà riscontro ai requisiti stabiliti dalla sentenza del 6 ottobre 2015 con cui la Corte di giustizia dell'Unione europea ha l'invalidato il vecchio regime dell'approdo sicuro.

(Commissione europea - Comunicato stampa Bruxelles, 12 luglio 2016)